

# Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofía del Derecho

Gregorio Peces-Barba Martínez

Universidad Complutense

## I. INTRODUCCION

Desde mi primera aportación al tema han pasado dos años <sup>1</sup>. Este artículo pretende revisar y ampliar aquellas observaciones de urgencia sobre la Constitución española vista desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho. La razón principal que me ha llevado a este nuevo trabajo es la conciencia de la insuficiencia del anterior, y de los temas que entonces no fueron objeto de tratamiento y que hoy me parece imprescindible abordar. He llegado a esta conclusión porque con motivo de un reciente Simposio celebrado en la Facultad en homenaje a Kelsen y Verdross con la colaboración de ilustres profesores austríacos, he tenido la ocasión de volver a trabajar sobre la Constitución desde el pensamiento de Kelsen y porque también la revisión del primer trabajo para una traducción alemana con destino a una obra colectiva sobre la Filosofía del Derecho en España, me convencieron de la necesidad de perfilarlo y completarlo <sup>2</sup>.

La Filosofía del Derecho, como la visión más global, con mayor perspectiva, en relación con las ciencias jurídicas parciales, es una buena plataforma desde la que observar la nueva Constitución española. Quizá sea también ésta, oportunidad para reivindicar para una de las partes de la filosofía jurídica, la teoría del Derecho, la reflexión general sobre

---

<sup>1</sup> Véase «La nueva Constitución española desde la Filosofía del Derecho», en *Documentación Administrativa*, núm. 180, octubre-diciembre 1978, págs. 19-44.

<sup>2</sup> Algunas partes del primer trabajo están literalmente reproducidas en éste; otras han desaparecido, y la nueva redacción abarca partes nuevas tan extensas que me permiten considerar este trabajo como un nuevo artículo. Hubiera podido limitarlo a estas nuevas partes, pero el interés del tema y la conveniencia de sistematizarlo y ordenarlo me han llevado a preferir esta técnica de la «nueva edición corregida y aumentada», que es más habitual en los libros, pero que no hay por qué descartar para los artículos de revista.

los grandes conceptos jurídicos, sobre la estructura y sobre la función del Derecho, superando tanto el imperialismo de los iusprivatistas de construir los conceptos jurídicos desde el Derecho privado, como los reinos de taifas de las ciencias jurídicas parciales, incluido el Derecho constitucional en este caso. Todas las ciencias jurídicas deben asumir los resultados de la reflexión de la teoría del Derecho y aplicarlos en cada momento histórico al estudio de sus objetos parciales.

Una incursión histórica sobre la formación de la cultura jurídica moderna a través de la recepción del Derecho romano, del iusnaturalismo racionalista, de la codificación y de la ciencia jurídica desde el siglo XIX hasta nuestros días nos lleva a la conclusión de que la reflexión sobre el Derecho privado ha sido el fundamento central de los grandes conceptos del Derecho. Los intereses de la ideología liberal burguesa están claramente detrás de toda esta construcción. La historia ha justificado en otros momentos esa situación e incluso se la puede valorar parcialmente como positiva, pero hoy existen elementos suficientes para superarla apartando muchas de sus creaciones, como el sentido central del concepto de propiedad privada como concepto fundamental, la propia distinción entre Derecho público y Derecho privado y de manera más global la entera concepción de la función del Derecho exclusivamente como protección o garantía de la autonomía de la voluntad del individuo y como represora de las desviaciones<sup>3</sup>. La limitación de la función del Derecho a su aspecto protector o garantizador y a su aspecto represivo, que contempla el Derecho como Derecho privado y como Derecho penal, no es hoy posible por la aparición del pensamiento socialista democrático y por su reflejo en el constitucionalismo posliberal del siglo XX, especialmente a partir de 1945<sup>4</sup>.

Con estos planteamientos filosófico-jurídicos superadores de los clásicos en la materia del pensamiento liberal, haremos determinadas re-

<sup>3</sup> Para el análisis iusprivatista del pensamiento jurídico moderno, véase G. Solari, *Filosofía del Diritto privato*, 2 tomos, Giappichelli, Turín, 1959 (reimpresión de una edición de 1911 reimpresa en 1939); hay traducción castellana, con prólogo de Renato Treves, en De Palma, Buenos Aires, 1946-1950. Véase asimismo E. Gómez Arboleya, *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, especialmente los trabajos «Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna» y «El racionalismo jurídico y los Códigos europeos» (I, II, III), págs. 411-543. Véase, por fin, G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1976.

<sup>4</sup> Hay que reconocer que dos elementos del pensamiento marxista, desde la revisión leninista que los acentuó, han dificultado también esa nueva perspectiva del análisis jurídico. Me refiero, por una parte, a la tesis de la desaparición progresiva del Derecho y del Estado, y, por otra, a la de la determinación de la superestructura jurídica y política respecto de la infraestructura económica. Muchos planteamientos alejaron al pensamiento socialista del tratamiento de los temas jurídicos o provocaron acusaciones de heterodoxia y de revisionismo a quienes se introdujeron en ellos a pesar de todo. Para este tema, hoy fundamentalmente superado, véase mi trabajo *Libertad, poder, socialismo*, Civitas, Madrid, 1978; asimismo, «Consideraciones sobre el significado y valor del Estado, en *Sistema*, núms. 38-39, octubre de 1980, Madrid, págs. 3-29.

flexiones sobre la Constitución española, en primer lugar desde la teoría del Derecho y posteriormente desde la teoría de la justicia para indagar sobre los valores que nuestra Constitución propugna para su incorporación plena al ordenamiento jurídico. Por fin, y a modo de reflexión última, plantearé unas cuestiones generales sobre la relación entre Derecho, fuerza y consenso<sup>5</sup>.

## II. LA CONSTITUCION DESDE LA TEORIA DEL DERECHO

Desde esta perspectiva voy a resaltar fundamentalmente cuatro aspectos en la Constitución: en primer lugar, el artículo 1, párrafo primero, como síntesis muy correcta de las actuales conclusiones mayoritarias de la relación actual entre sociedad, poder, Estado y Derecho; en segundo lugar, la calificación del concepto del Derecho que subyace en la Constitución; en tercer lugar, la teoría del ordenamiento jurídico que se desprende del texto y por fin los problemas de la polémica sobre el concepto de validez.

### A) *La importancia del párrafo primero del artículo 1*

El contenido del texto que analizamos no es habitual ni siquiera en las constituciones más modernas.

«España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

La Constitución española de 1931 decía en su artículo 1, párrafo primero: «España es una República democrática de trabajadores de toda clase que se organiza en régimen de libertad y de justicia.» Por su parte, la Constitución italiana de 1947 dice en el texto paralelo a los que ana-

<sup>5</sup> En uno de los debates sobre la Constitución ante el Pleno del Congreso de los Diputados, en relación con el artículo 14, dije, explicando el voto del Grupo Parlamentario Socialista: «... todos saben que el problema del Derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, 'todos' permiten una ley de aborto. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista, 'la persona' impide una ley de aborto. Por eso nosotros estamos en contra de los fraudes intelectuales y científicos, nosotros estamos en contra del juego de palabras». Eso provocó que el portavoz de UCD, señor Pérez-Llorca, dijera: «... considero grave que un jurista eminente... haya dicho en medio de un debate constitucional que el Derecho depende del poder y de la fuerza...». En ocasión posterior, en la Junta de Portavoces, el ingeniero señor Abril Martorell, vicepresidente del Gobierno, me hizo una observación en el mismo sentido. Es oportuno recordar algunas perspectivas de esa relación entre derecho y fuerza, añadiendo una pertinente referencia al consenso, para aclarar ese tema y fijar mi posición al respecto para evitar simplificaciones y utilizaciones políticas del tema.

lizamos que «Italia es una República democrática fundada en el trabajo». La Ley Fundamental de Bonn de 1949 dice en su artículo 20: «La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social»<sup>6</sup>. Por fin, la Constitución portuguesa de 1976 dice en su artículo 1: «Portugal es una República soberana basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular y empeñada en su transformación en una sociedad sin clases»<sup>7</sup>. En todos los supuestos, el párrafo siguiente o, en su caso, el artículo siguiente hace una referencia a la soberanía, residenciándola en el pueblo o, como en el caso de la Constitución republicana, afirmando que «los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo». Lo mismo ocurre con el actual texto de nuestra Constitución de 1978 cuando afirma: «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado» (art. 1, núm. 2).

La originalidad del artículo 1, párrafo primero, y lo que lo diferencia de los restantes textos aquí señalados y, desde luego, de todo el Derecho constitucional, es el punto de vista desde el que se plantea. Tiene además una gran importancia por ser el punto de partida de la Constitución, su pórtico, la definición de su ámbito y de sus objetivos. En efecto, los demás textos están científica y doctrinalmente planteados desde el Derecho constitucional, que es en definitiva una ciencia parcial, mientras que nuestro texto está planteado desde la teoría del Derecho, desde la Filosofía del Derecho, que es el intento integrador de superar las perspectivas parciales y abordar el problema desde toda su complejidad. Ese es, a mi juicio, el gran acierto del texto que parte de la nación «España» y de la calificación del poder político, del Estado —«se constituye en un Estado social y democrático de Derecho»— relacionándolo (en lo que está la innovación y la aportación de la teoría del Derecho) con el ordenamiento jurídico y con los valores que propugna para ser incorporados a éste: «La libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.»

La relación entre esos factores, que es lo original del texto del artículo 1, párrafo primero, de la Constitución española supera el idealismo iusnaturalista y vincula el Derecho al poder del Estado<sup>8</sup>, aunque

<sup>6</sup> La Constitución de la República Federal Alemana no se inicia por este artículo tradicional, sino por los derechos fundamentales, que ocupan desde el artículo 1 al artículo 19. Sin duda esta posposición está vinculada no sólo a la importancia que se quiere dar a los derechos fundamentales como base de toda Constitución en un país que acaba de salir de un régimen nazi, sino también a la imposibilidad de hacer una definición de Alemania como una unidad, por la división derivada de las zonas de ocupación occidental y rusa, que se refleja en el propio preámbulo del texto constitucional.

<sup>7</sup> El artículo 2 es una reiteración y ampliación de lo establecido en el artículo 1: «La República portuguesa es un Estado democrático basado en la soberanía popular, en el respeto y en la garantía de los derechos y de las libertades fundamentales, en el pluralismo de expresión y organización política democrática, que tiene como objetivo asegurar la transición al socialismo mediante la creación de condiciones para el ejercicio democrático del poder por las clases trabajadoras.»

<sup>8</sup> Para el tema de las relaciones entre Derecho y poder, véase mi trabajo «Reflexiones sobre Derecho y poder», en *Libertad, poder, socialismo*, cit., págs. 219-239.

tampoco desconoce los valores y por eso no cae en el reduccionismo del positivismo estatalista.

En un trabajo anterior decía: «... En el marco histórico del mundo moderno el ordenamiento jurídico está apoyado en el Poder. El fundamento último de la validez de un sistema jurídico está en el Poder. Cuando hablamos de poder queremos decir, sobre todo, aunque no exclusivamente, poder del Estado, que es la forma de organización moderna del poder político»<sup>9</sup>.

En el mismo trabajo decía posteriormente: «Porque constatar que el poder es el fundamento de la validez del Derecho y un punto clave, junto con el reconocimiento de los destinatarios, para la eficacia de un ordenamiento, no supone en absoluto renunciar a una teoría de la justicia, a una lucha por el Derecho justo, sino que permite un enfoque correcto del mismo...»<sup>10</sup>.

Esta conexión entre poder y ordenamiento jurídico, abierta desde el realismo sin ilusiones idealistas, a los valores jurídicos se recoge correctamente en el texto que analizamos y esa es quizá su mayor virtud desde un enfoque filosófico-jurídico.

En efecto, aparece claro que el fundamento último de validez del ordenamiento es el Poder —Estado social y democrático de Derecho— y también que ese poder, que sostiene al ordenamiento positivo, es un poder democrático que «propugna» la incorporación de los valores al ordenamiento para que sea cada vez más justo. No se trata, pues, de unos principios previos al Derecho positivo, fundamento iusnaturalista del mismo, sino que estamos ante unos principios históricos del mundo moderno —libertad, justicia, igualdad y pluralismo político— que informarán progresivamente al ordenamiento en la medida en que los diversos grupos en que se descompone el poder del Estado —partidos y grupos parlamentarios, sindicatos y otros grupos sociales, económicos o culturales—, con el apoyo popular que los impulse y fortalezca sean capaces de convertirlos en Derecho positivo. La tensión se produce entre iusnaturalismo y positivismo cerrado y este párrafo primero del artículo primero, es símbolo creo que por primera vez en un texto constitucional, de superación a través de un positivismo —sólo es ordenamiento jurídico el Derecho positivo— abierto a su perfeccionamiento de justicia por medio de los valores propugnados como superiores y que la lucha democrática, mediante las reglas del juego que la propia Constitución establece, permite incorporar el Derecho positivo.

Unas observaciones complementarias en cuanto al contenido del pre-

<sup>9</sup> *Ob. cit.* en nota anterior, pág. 231.

<sup>10</sup> *Ob. cit.*, pág. 234. En el mismo sentido, Bobbio dirá: «La definición del Derecho que hemos acogido no coincide con la de la justicia... Autoriza a los que detentan el poder a ejercitar la fuerza, pero no dice que el uso de la fuerza sea justo por el solo hecho de haber sido querido por el poder originario... El Derecho tal cual es expresión de los más fuertes, no de los más justos. Tanto mejor después si los más fuertes son también los más justos...» (*Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Giampichelli, Turín, 1960, págs. 63-64).

cepto y en concreto a alguna de sus expresiones es pertinente para hacer el análisis.

— El término «se constituye» es más aceptado que el término «es» que utilizó la Constitución de la II República. Como decía Pérez Serrano en sus famosos comentarios: «... en buenos principios de interpretación no cabe admitir la consustancialidad entre sujeto y predicado...»<sup>11</sup>. Se «constituye» da más adecuada idea, por otra parte, de la innovación que supone la Constitución respecto a la situación anterior y de la ruptura política y jurídica que representa. Por fin, el tiempo del verbo plasma con corrección la idea abierta de cara al futuro en cuanto al desarrollo y al perfeccionamiento histórico del Estado social y democrático de Derecho, mientras que el desastroso texto aprobado por la Comisión constitucional del Senado cerraba con el tiempo del verbo esa perspectiva. En base a una enmienda del senador Cela, incomprensiblemente apoyada por UCD, se sustituyó este párrafo primero por uno que decía: «España queda constituida en un Estado de Derecho democrático y social que proclama como principio de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y la paz.» Este texto destruía todas las virtudes del párrafo y fijaba, con el tiempo del verbo «queda constituida», estáticamente, sin posible desarrollo, al Estado de Derecho.

— La expresión «Estado social y democrático de Derecho» es también oportuna, aunque, desde el punto de vista teórico, sobraba el término social, comprendido en el término democrático como etapa posterior en la evolución del Estado de Derecho<sup>12</sup>. No era, sin embargo, inútil adjetivar al Estado de Derecho (que históricamente ha sido liberal, social y hoy democrático en aquellas sociedades más avanzadas), porque, desde la teoría del Derecho —no desde la filosofía política ni desde la historia del pensamiento—, en la concepción de Kelsen todo Estado, por el hecho de ser un Estado, es decir, por constituir un ordenamiento coactivo, es en ese sentido un Estado de Derecho. También la calificación del Estado de Derecho como «democrático» da un sentido progresivo a este concepto, que, sin embargo, como antes decía, se ve oscurecido con el calificativo «social», que además de la razón de que supone una etapa anterior en la evolución histórica del Estado de Derecho, puede tener una interpretación no técnica, pero sí política, que desvirtuaría su sentido al colocar sucesivamente los términos social y democrático.

— La expresión «propugna» es especialmente adecuada para señalar la relación del Estado y del ordenamiento jurídico respecto a los valores

<sup>11</sup> *La Constitución española (9 de diciembre de 1931). Antecedentes, texto, comentarios*, Ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1932, pág. 56.

<sup>12</sup> Véase Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 1.ª ed., Edicusa, Madrid, 1966, y también «El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas», en *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Civitas, Madrid, 1978, págs. 149-166. Véase asimismo P. Lucas Verdú, *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

que sólo son Derecho si se incorporan al ordenamiento jurídico positivo y que necesitan para su realización el impulso y el apoyo del poder político. Su temporal sustitución por el verbo «proclama», realizada por la Comisión del Senado, privaba al párrafo de sentido de lucha por el Derecho más justo, que así queda mucho más claro.

El texto inicial de este artículo fue ofrecido por el grupo parlamentario socialista con el siguiente tenor: «España se constituye como Estado democrático de Derecho que propugna como valor superior de su ordenamiento jurídico la justicia en la libertad y la igualdad.» El señor Fraga Iribarne propuso que se añadiese el término social, a lo que se sumaron los representantes de UCD y de Minoría Catalana, y también desde esos mismos sectores se propuso el añadido del pluralismo político, lo que fue aceptado por todos. En el acta de los trabajos de la ponencia de 25 de agosto de 1977 se señala textualmente: «El representante de la Minoría Vasco-Catalana ofrece un texto transaccional para el artículo 1.º que, con algunas rectificaciones en la forma, fue adoptado como elemento de trabajo en primera lectura.» El texto adjunto al acta decía así: «España se constituye en un Estado democrático y social de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el respeto al pluralismo político.» Como se ve, este texto, de acuerdo sobre la base del texto inicial corregido del grupo socialista, ha resistido con muy pocas modificaciones hasta el texto definitivo que hoy comentamos.

Para resumir el juicio favorable que me merece este artículo 1, párrafo primero, habría que decir que posee un carácter de modernidad en el enfoque de las relaciones que se establecen entre España, el Estado, el ordenamiento jurídico y los valores que este último debe realizar, y que, salvo la innecesaria adición del término «social», es un texto muy pertinente para la teoría del Derecho<sup>13</sup>.

## B) *El concepto de Derecho que subyace en la Constitución*

Es importante también, con el apoyo objetivo de los datos que suministra la teoría del Derecho, indagar sobre el concepto de Derecho que se desprende de la Constitución, porque de este tema se van a sacar conclusiones oportunistas, simplemente de cara a la galería electoral, sin base real<sup>14</sup>. También en otro ámbito distinto, y, por supuesto, con

<sup>13</sup> Cuando analicemos desde la teoría de la justicia el contenido de los valores que se propugnan haremos también algunas observaciones críticas desde esa perspectiva.

<sup>14</sup> Ya en algunas ocasiones, como en el programa «La Clave», emitido por Televisión Española en septiembre de 1978, sobre el tema constitucional, el portavoz del grupo parlamentario de UCD, señor Pérez-Llorca, ha reivindicado para el liberalismo la inspiración total de la Constitución. El enfoque de la teoría del Derecho tiene criterios objetivos que permitirán rechazar esta opinión.

planteamientos académicos serios, se ha sostenido, a mi juicio equivocadamente, que la Constitución española se sitúa en un concepto del Derecho liberal clásico <sup>15</sup>.

A nivel general, y con las aportaciones que nos suministra la historia política y la historia de la filosofía del Derecho y del Estado, resulta muy difícil sostener que el moderno constitucionalismo, ya a partir de 1848, pero sobre todo en nuestro siglo xx, sea un producto del pensamiento liberal. Al menos tres grandes conquistas del constitucionalismo se producirán a pesar del pensamiento liberal, con su oposición formal <sup>16</sup>, y son impuestas por la lucha, a veces muy cruenta, del movimiento obrero y del socialismo democrático. Me refiero al derecho de asociación, al sufragio universal y a los derechos económicos, sociales y culturales. Hoy también cabría añadir a esta lista la lucha por los derechos de solidaridad, los nuevos derechos fundamentales, al medio ambiente (a la no contaminación, al aire limpio, al agua limpia), los derechos de los consumidores, etc., que no se impulsan por la lucha de los liberales, sino en muchos casos con su oposición <sup>17</sup>. No parece, pues, posible con esos datos atribuir al concepto del Derecho que se desprende genéricamente de las Constituciones del siglo xx como normas supremas del ordenamiento jurídico una calificación liberal excluyente, como tampoco hay elementos serios que permitan sostener que existe una teoría alternativa del Derecho y el Estado desde el socialismo, o más concretamente desde el marxismo. Sin embargo, una aproximación al tema en referencia a nuestro texto constitucional desde la teoría del Derecho sí descubrirá importantes elementos alternativos vinculados al socialismo democrático que permitirán ofrecer un concepto mixto del Derecho en una evolución que, partiendo del concepto liberal y manteniendo los importantes elementos positivos de éste, tiende hacia nuevas formas y funciones del Derecho, auténticas alternativas para hacer real el ideal de libertad, igualdad y fraternidad.

Si observamos la evolución del pensamiento jurídico, de la cultura jurídica moderna, en feliz expresión de Tarello, observamos que el

<sup>15</sup> Durante la defensa ante el Tribunal de una tesis doctoral de don Miguel Sánchez Morón —por cierto excelente, seria y trabajada— sobre el tema de la «Participación de los ciudadanos en la Administración pública» (Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 3 de diciembre de 1978), el profesor Tomás Ramón Fernández, rector de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y muy competente administrativista, sostuvo esa posición. Yo también formaba parte del Tribunal, pero había intervenido con anterioridad y no pude en aquel acto académico dejar clara mi opinión. Sirvan estas páginas de cordial contestación al ilustre profesor y amigo.

<sup>16</sup> Por supuesto que sectores del pensamiento liberal más radical o más progresivo defenderán también esos postulados.

<sup>17</sup> Sobre este tema véase N. Bobbio, *Quale Socialismo*, Einaudi, Turín, 1976; hay traducción española de Plaza Janés, Barcelona, 1977. Véase asimismo mi trabajo «El socialismo y la libertad», en *Libertad, poder, socialismo*, cit., págs. 133 y ss.; Elías Díaz, «Socialismo democrático y derechos humanos», en *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, cit., págs. 125 y ss.



Derecho es fundamentalmente Derecho privado (que para los iusnaturalistas racionalistas coincide con el Derecho natural) y Derecho penal y que el pensamiento jurídico construye sus conceptos sobre la base del Derecho privado. Incluso el nacimiento más sistemático y autónomo del Derecho público en Alemania, con Laband y Jellinek, utilizará para su fundamentación conceptos de Derecho privado, y lo mismo se puede decir del Derecho administrativo liberal clásico<sup>18</sup>.

El Derecho, por consiguiente, en la concepción liberal, realiza dos funciones centrales: de garantía de la autonomía de los particulares, que se realiza centralmente a través del contrato, de la propiedad y de las sucesiones, y de represión —utilizando sanciones negativas o penales— para las violaciones del orden establecido, sobre todo en el Derecho privado. Desde ese punto de vista, por consiguiente, el concepto del Derecho se remite a su finalidad de garantía y de represión a través de normas amparadas por una sanción institucionalizada. La función del Derecho es esencialmente negativa en todos los grandes teóricos, desde Thomasius hasta Kelsen, pasando por Kant y Hegel. Hayek expondrá muy claramente esta tesis cuando dice: «En realidad, vemos que las normas de Derecho privado y penal, o al menos la mayor parte de ellas..., suponen sólo prohibiciones que limitan el campo de la libre acción, y sólo en casos excepcionales asumen la prescripción de acciones determinadas...»<sup>19</sup>.

Para este autor, el desbordamiento de este concepto liberal del Derecho produce sólo la alternativa de la sociedad totalitaria, con lo que es un ejemplo modélico de la tesis liberal de que la igualdad destruye la libertad, centro de tantas líneas retardatarias y antiprogresistas del pensamiento liberal clásico, incapaz de asumir el reto del mantenimiento y de la profundización de la libertad para todos en la sociedad de masas. En ese sentido, dirá: «La progresiva sustitución de las normas de conducta del Derecho privado y penal por conceptos derivados del Derecho públicos es el proceso en virtud del cual las sociedades liberales existentes se han ido transformando progresivamente en sociedades totalitarias...»<sup>20</sup>. En esa misma línea, son muy reveladoras también del concepto liberal del Derecho las expresiones de Ihering en *El fin en el Derecho*, cuando dice: «... Resulta de esto que el concepto de la sociedad coincide en parte con el del Estado. Pero también sólo en parte, en la medida en que el objetivo social requiere para su realización de la mediación de la coacción externa. Pero esa exigencia es sólo en una parte pequeña. El comercio y la industria, la agricultura, la fabricación, el arte y la ciencia, las costumbres domésticas se organizan en lo esencial por sí mismas. El Estado, con su Derecho, interviene sólo aquí y allá en la

<sup>18</sup> Para este tema véanse las obras citadas en nota 3.

<sup>19</sup> «Ordinamento giuridico e Ordinamento sociale», en *Il Politico*, XXXIII, 1968, págs. 693-723; la cita es de la pág. 703.

<sup>20</sup> «The Principles of a Liberal social order», en *Il Politico*, XXXI, 1966, páginas 601-618; la cita es de la pág. 609.

medida que es inevitable para asegurar el orden que se han dado esos fines a sí mismos contra la lesión...»<sup>21</sup>. En base a ese concepto liberal de las funciones del Derecho, Ihering lo definirá en la misma obra como «... el conjunto de las condiciones de vida de la sociedad, en el sentido más amplio de la palabra, asegurado mediante la coacción externa por el poder público...»<sup>22</sup>.

El carácter negativo de aseguramiento o de garantía de la autonomía de la voluntad y la represión de los excesos de los límites establecidos por medio de las sanciones negativas es el núcleo central del concepto liberal del Derecho que encontramos en todos los textos del constitucionalismo clásico.

Desde esta perspectiva, ¿se puede decir que el concepto del Derecho que se desprende de la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico es liberal?

La respuesta es negativa si nos atenemos a los elementos de la Constitución española de 1978, que conducen a un concepto mixto con importante influencia del socialismo democrático.

Quizá la teoría alternativa del Derecho y del Estado no sea sino la profundización hasta sus últimas consecuencias de esta concepción mixta que asume los grandes valores de libertad del liberalismo clásico, que intenta depurarla de los derechos de contenido no igualitario y crear condiciones de participación y de igualdad y libertad reales para los individuos y para los grupos. En esta línea se sitúa el texto constitucional.

Los elementos que nos permiten esa conclusión son los siguientes:

1. La potenciación de la participación de los ciudadanos como superación del carácter excluyente y exclusivo de la democracia parlamentaria o democracia representativa. Encontramos la participación en los artículos 6, 9.2, 20.3, 23, 27.7, 48, 51, 87.3, 92, 105, 125, 129 y 140, última frase.

2. La iniciativa económica pública. Es un tipo de acción directa de los poderes públicos que, por consiguiente, matiza la iniciativa económica privada propia del Estado liberal y de su concepto del Derecho. «Se reconoce —dice el artículo 128.2— la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y, asimismo, acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiese el interés general.»

3. La planificación de la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y su más justa distribución (art. 131.1).

4. La subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128.1) y la limitación del derecho de propiedad como derecho no

<sup>21</sup> *Der Zweck um Recht*, 1877, 1883. Traducción castellana de Diego Abad de Santillán, Editorial Cajica, Puebla, México, 1961, pág. 83.

<sup>22</sup> *El fin en el Derecho*, cit., pág. 364.

igualitario, y a través de esa limitación su práctica desconstitucionalización y remisión a la ley ordinaria (art. 32.2).

5. La función promocional del Derecho, que aparece como muy importante en el texto, con lo que eso supone de acción positiva por parte del Estado<sup>23</sup>. Así, se observa esta función promocional en los artículos 40, 43.3, 44, 46, 47, 48, 50, 51.2 y 129.2. De manera muy especial, hay que señalar la importante función de promoción, es decir, de acción positiva, que establece el artículo 9.2 cuando dice:

«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.»

En este supuesto, la acción positiva del Derecho pasa por incentivar la acción futura de los particulares o reconocer con sanciones positivas —premios— una conducta ya realizada, y exige normas de organización, es decir, normas de participación, de cooperación o de integración de individuos, para perseguir fines comunes<sup>24</sup>.

6. La realización de funciones positivas para asegurar el cumplimiento de fines derivados del ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales por parte de los ciudadanos. En esos supuestos se podría entender también que estamos ante una función promocional del Derecho, aunque entendida ésta, me parece, de una manera más profunda que en el concepto de Bobbio, porque aquí no se trata ya de promover o facilitar unas determinadas actuaciones o conductas de particulares, sino de realizar conductas por parte de funcionarios de servicios que tienen como fin facilitar prestaciones para la «promoción» de la persona y de su libertad e igualdad respecto de los demás. Aquí lo que se promueve es directamente el desarrollo de la personalidad por medio del ejercicio de un derecho subjetivo de carácter económico, social o cultural que genera un derecho a exigir una determinada conducta positiva por parte del Estado<sup>25</sup>. Esta perspectiva se encuentra sobre todo en el artículo 39 (protección a la familia) y en el artículo 41 (régimen público de la seguridad social).

Desde todos los niveles que acabamos de señalar, el concepto del Derecho que se desprende de la Constitución no es sólo el de una garantía para la acción de los particulares con el ejercicio de la coacción

<sup>23</sup> Sobre la función promocional del Derecho véase Bobbio, «La funzione promozionale del diritto», en *Dalla struttura alla funzione*, Edizioni di Comunità, Milán, 1977.

<sup>24</sup> Mientras que el concepto liberal del Derecho se centra en normas de conducta que pretenden garantizar la convivencia de individuos o grupos que persiguen fines individuales y nada más. Véase sobre ese tema el artículo de Bobbio «Diritto e scienze sociali», en *Dalla struttura alla funzione*, cit., págs. 42-61.

<sup>25</sup> La teoría jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales está muy en sus comienzos, pero supone uno de los aspectos más sustanciales de una posible teoría alternativa del Derecho y del Estado.

por medio de sanciones negativas —penas— para quienes infrinjan los límites del ordenamiento. Supone una acción positiva, una acción directa en el plano económico, una función promocional con la existencia de muchas normas de organización. En definitiva, es un concepto del Derecho de un sistema mixto con gran influencia del socialismo democrático.

### C) *La teoría del ordenamiento jurídico*

Como es lógico, la Constitución no es expresión rígida ni al pie de la letra de ninguna concepción doctrinal, sino que representa la plasmación de unos acuerdos, de unas decisiones sobre las reglas del juego compartidas por la gran mayoría de los grupos políticos con representación parlamentaria. Sin embargo, su formulación asume la concepción científica más influyente en la actual coyuntura de la cultura jurídica, en cuyo ámbito se sitúa. Así, podemos hablar de un normativismo corregido, es decir, capaz de superar sus aspectos más criticados, como, por ejemplo, el dogma de la plenitud vinculado al fetichismo de la ley. Este clima, esta concepción normativa corregida difusa, se encuentra a lo largo de todo el texto constitucional, y alguna laguna iusnaturalista —como, por ejemplo, el artículo 10.1— no es sino la excepción que confirma la regla. Y no es que la voluntad de los redactores de la Constitución fuese esa inserción consciente en una concepción científica, quizá con alguna excepción, sino que supone la cristalización de un ambiente cultural en el que muchos de los redactores estaban incluso a pesar suyo.

En este epígrafe hay que señalar que, a diferencia de otros textos constitucionales, con excepción del italiano, el sistema de Derecho positivo español se denomina ordenamiento jurídico en los artículos 1.1, 9.1, 96.1 y 147.1. Es decir, que se recoge expresamente la doctrina del ordenamiento jurídico, expresión clara de lo que ha llamado el normativismo corregido. Kelsen y Bobbio están presentes en este planteamiento<sup>26</sup>.

Por otra parte, la influencia de la teoría del ordenamiento trasciende,

<sup>26</sup> Bobbio, que se ocupará del tema en su curso sobre el ordenamiento jurídico, publicado en Turín por Giappichelli en 1960 bajo el título de *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, dirá refiriéndose a Kelsen: «...Nunca se insistirá bastante en el hecho de que con Kelsen es cuando por primera vez la teoría del Derecho se ha orientado definitivamente hacia el estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto, al considerar como concepto fundamental para una construcción teórica del campo del Derecho no ya el concepto de norma, sino el de ordenamiento entendido como sistema de normas» (*Estructura y función de la ciencia del Derecho en Kelsen*, en la edición castellana de A. Ruiz Miguel de las obras de Bobbio de Filosofía del Derecho publicadas por Fernando Torres, Valencia, 1980, bajo el título de *Contribución a la teoría del Derecho*, pág. 251); la edición original italiana está en la *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto* (núm. 3, 1973, págs. 225-449), bajo el título de «Hans Kelsen», y recogida después en un último libro, *Dalla strutture alla funzione*, Nuovi Studi di Teoria del Diritto, Comunità, Milán, 1977.

como es lógico, del puro nominalismo y se refleja en aspectos sustanciales como son la construcción jerárquica de las normas del ordenamiento y la teoría de la preservación de la Constitución como norma positiva superior de dicho ordenamiento.

Esta construcción jerárquica del ordenamiento, que Adolf Merkl inició en 1923 (*Stufen theorie der Rechts*)<sup>27</sup>, Kelsen la asumirá en la segunda edición de su *Teoría pura del Derecho*, aunque ya estaba implícita en la edición inicial, como el propio Merkl reconoce<sup>28</sup>. Así, dirá en esta segunda edición, por ejemplo: «... Como la estructura del orden jurídico es una construcción escalonada de normas recíprocamente supra y subordinadas, donde la norma de nivel superior determina la producción de la norma de nivel inferior...»<sup>29</sup>. También, y con anterioridad a esta segunda edición de la *Teoría pura...*, lo había planteado en la otra gran obra fundamental de Kelsen, *La teoría general del Derecho y del Estado*, como capítulo XI de la primera parte sobre el Derecho, y en lo que llama Normodinámica, titulando expresamente «La jerarquía de las normas» y afirmando: «... El orden jurídico, especialmente aquél cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles. La unidad de esas normas se halla constituida por el hecho de que la creación de la de grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta...»<sup>30</sup>.

Después de Kelsen, Bobbio es, entre los autores más conocidos de España, quien ha podido influir en este tema en los autores de la Constitución española a través de su curso sobre el ordenamiento jurídico, especialmente en el capítulo II, en su número 4, que titula «Costruzione a gradi dell'Ordinamento», donde desarrolla críticamente, es decir, matizándolo, aunque afectándolo en lo esencial, la teoría kelseniana<sup>31</sup>.

En la Constitución española, la teoría de la jerarquía de las normas del ordenamiento se refleja ya en el artículo 9.1, que distingue entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, marcando, por consiguiente, la superioridad jerárquica de aquélla respecto «al resto», que se subordina. Pero el propio artículo 9, en su número 3, que garantiza

<sup>27</sup> *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Franz Denticke, Leipzig-Viena, 1923.

<sup>28</sup> «La teoría jerárquica del ordenamiento jurídico como ya Kelsen la ha fijado.» Merkl, *ob. cit.*, pág. 223.

<sup>29</sup> *Teoría pura del Derecho*, edición castellana sobre la segunda edición alemana del profesor Vernengo, UNAM, México, 1979, pág. 215. (El original alemán de esta segunda edición de la *Reine Rechtslehre* se publica en Viena en 1960 y se reimprime en 1967.) Véase también el epígrafe «La construcción escalonada del orden jurídico», págs. 232 y ss.

<sup>30</sup> Edición castellana, UNAM, México; primera edición, 1949; segunda reimpresión, 1979, pág. 146, traducción del original inglés de Eduardo García Maynez.

<sup>31</sup> Véase *Teoría dell'Ordinamento Giuridico*, cit., págs. 39 y ss.

principios generales del Derecho, incluye entre ellos el principio de «jerarquía normativa», que pasa de ser un postulado de la teoría del Derecho a ser un principio de organización de la estructura del ordenamiento jurídico positivo.

El artículo 53.1 incide nuevamente en el concepto de jerarquía de las normas, al indicar que «Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...», porque en este caso el referido principio se utiliza como garantía de los derechos y libertades fundamentales, al impedir que normas inferiores a la ley puedan regular su ejercicio y al asegurar, al mismo tiempo, que esas leyes de desarrollo respeten el contenido esencial fijado en la Constitución, norma superior a ellas.

Asimismo, el capítulo segundo del título III, referente a la elaboración de las leyes por las Cortes Generales, tiene en cuenta la jerarquía normativa, al establecer tanto la primacía de la ley —respecto a todas las demás formas producidas por otros órganos distintos de las Cortes Generales— como la propia distinción dentro de las leyes entre las leyes orgánicas —art. 81— y las leyes ordinarias, con la superioridad jerárquica de las primeras, aunque ése sea un punto muy controvertido e incluso negado<sup>32</sup>. Otro artículo donde se expresa la jerarquía normativa es el 97, que describe las funciones del Gobierno. Al referirse al ejercicio de la potestad reglamentaria se afirma que se ejerce «de acuerdo con la Constitución y las leyes», con lo que se subordina esta potestad reglamentaria a los dos niveles normativos superiores, que son las leyes y, por encima de éstas, la Constitución. Como veremos más adelante, aunque ningún artículo de la Constitución se dedica expresamente a describir los diversos grados del ordenamiento, éstos se pueden desprender del análisis sistemático del conjunto de la Constitución.

El artículo 133, en el título VII, sobre Economía y Hacienda, establece también la jerarquía normativa en materia tributaria al fijar la potestad originaria para establecer tributos, que corresponde al Estado mediante ley (133.1). Las normas de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales que establezcan y exijan tributos lo son de acuerdo con la Constitución y las leyes estatales (133.2), en especial la Ley Orgánica de Financiación de Comunidades Autónomas (157.3), con lo que se indica su grado jerárquico inferior.

Como la Constitución española establece una organización territorial que desarrolla el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que forman España, y que la doctrina denomina, a mi juicio correctamente, Estado de autonomías, el problema de la jerarquía normativa se complejiza al incluir uno o varios escalones del Derecho propio de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento jurídico único que constituye el Derecho español. Será en el capítulo tercero del título VIII,

<sup>32</sup> Sobre este tema véase mis *Comentarios sobre la Constitución*, en colaboración con el profesor Luis Prieto (Fernando Torres Editor, colección «El Derecho y el Estado», Valencia, 1981).

que se denomina «De las Comunidades Autónomas», donde, en su artículo 147.1, se enfocará este problema, naturalmente con el prisma que aquí venimos señalando, al indicar que «Dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma, y el Estado lo reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico.» A los efectos de nuestro análisis, este artículo es enormemente significativo. En efecto, señalará la unidad del ordenamiento jurídico, una de las principales finalidades de la teoría de la jerarquía normativa, cuando sitúa a los Estatutos de Autonomía «dentro de los términos de la presente Constitución». Será la Constitución la cúpula de todas las normas y, por consiguiente, la norma que personifica, por su jerarquía suprema, la unidad de todo el ordenamiento. A su vez, los Estatutos de Autonomía serán la norma institucional básica del subordenamiento de las Comunidades Autónomas, al que se subordinan las leyes y las normas reglamentarias de las Comunidades Autónomas, todo ello dentro del ordenamiento jurídico general que culmina la Constitución. Ciertamente que la relación entre el Derecho estatal y el Derecho de las Comunidades Autónomas no se rige exclusivamente, ni siquiera principalmente, por el principio de jerarquía, sino por el principio de competencia, como se deduce del análisis de los artículos 149.3 y 150; pero, sin embargo, como acabamos de ver, tiene un papel relevante este principio de jerarquía para hacer posible la unidad del ordenamiento jurídico. De una armoniosa aplicación de ambos principios, jerarquía y competencia, sin duda en muchos casos a través de la mediación que en caso de conflicto haga el Tribunal Constitucional, se deducirán los criterios de aplicación de las normas estatales y de las de las Comunidades Autónomas.

Como decíamos, la influencia de la teoría del ordenamiento se plasma también en la recepción en la Constitución de los criterios de la preservación del ordenamiento y de su estructura jerárquica. Los tribunales controlarán la adecuada producción de normas, es decir, el sometimiento de los órganos productores de normas a los límites materiales y formales que las normas que establecen la forma de la producción normativa señalan<sup>33</sup>. Y esto se hará, para las normas inferiores a la ley, por los tribunales ordinarios, y para las leyes o normas con rango de ley, por convalidación o delegación de las Cortes Generales o por ser normas de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, por el Tribunal Constitucional. En su *Teoría general del Derecho y del Estado*, Kelsen dirá que «... la aplicación de las reglas constitucionales relativas a la legislación únicamente puede hallarse efectivamente garan-

<sup>33</sup> Hart llama normas secundarias de reconocimiento a esas normas (véase *El concepto de Derecho*, traducción castellana de Genaro Carrió, en Abeledo Perrot, Buenos Aires, segunda reimpression, 1966, capítulo VI, págs. 125 y ss.; original inglés, *The Concept of law*, Oxford University Press, 1961), y Bobbio las llama «normas de producción normativa» en su trabajo *Normas primarias, normas secundarias*, trad. castellana, cit., págs. 312 y ss.

tizada si un órgano distinto del legislativo tiene a su cargo la tarea de comprobar si una ley es constitucional y de anularla cuando —de acuerdo con la opinión de ese órgano— sea 'inconstitucional'»<sup>34</sup>, e incluso se refiere al Tribunal Constitucional «como el único órgano capacitado para anular completamente la ley», de manera que no pueda ser ya aplicada por ningún otro órgano<sup>35</sup>. Esta tesis la había experimentado previamente en la Constitución austríaca de 1920, y Kelsen «estaba particularmente orgulloso de esta innovación», porque «en la actuación del principio de la conformidad de la legislación con la Constitución y del principio de la legitimidad del poder ejecutivo (Jurisdicción y Administración) vería la más eficaz garantía de la Constitución y el rasgo característico de la Constitución federal austríaca...»<sup>36</sup>. La Constitución española aporta este tema desde esta perspectiva en su artículo 106 en lo referente a los Tribunales ordinarios, y en el título IX en lo referente al Tribunal Constitucional.

El artículo 106.1 señala que «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa...». Por su parte, el título IX regula el «recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley», es decir, preserva a la Constitución, norma de rango superior, frente a las leyes o disposiciones normativas con fuerza de ley.

Ahora bien: este tema pone de relieve lo que decíamos al principio, puesto que la Constitución española no sigue aquí, y es lógico, a Kelsen hasta el final. Por el contrario, se habla de inconstitucionalidad para calificar la situación de las leyes contrarias a la Constitución, cuando Kelsen, llevando hasta sus últimas consecuencias su razonamiento, decía que eso era una *contradictio in objeto*. «Si hay alguna razón para suponer que una ley es válida, el fundamento de su validez se encuentra en la Constitución. De una ley inválida no podría sostenerse que es inconstitucional, puesto que la ley inválida no es ley alguna, siendo jurídicamente inexistente, sin que sobre ella sea posible formular ningún enunciado jurídico. Si la afirmación corriente en la jurisprudencia tradicional sobre una ley inconstitucional puede tener algún sentido jurídico posible, no habría que tomarla al pie de la letra. Su significado sólo puede ser el que la ley en cuestión puede ser derogada conforme a la Constitución no sólo por el procedimiento acostumbrado, es decir, mediante otra ley de acuerdo con el principio *Lex posterior derogat priori*, sino mediante un procedimiento especial previsto por la Constitución. Mientras no sea derogada tiene que ser considerada válida, y mientras sea válida no puede ser inconstitucional»<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> *Ob. cit.*, edición castellana, pág. 186.

<sup>35</sup> *Teoría general del Derecho y del Estado*, pág. 186.

<sup>36</sup> Cfr. Bobbio citando al biógrafo de Kelsen, R. A. Metall, en su trabajo sobre Kelsen, publicado en la edición castellana de Ruiz Miguel, ya citada, pág. 255. La obra de Metall a la que se refiere Bobbio es *Hans Kelsen Leben und Werken*, Franz Denticke, Viena, 1969, y la cita es de la pág. 36.

<sup>37</sup> *Teoría pura del Derecho*, cit., pág. 277.



Por fin, para terminar con este tema, hay que decir que tampoco sigue la Constitución en su redacción definitiva la opinión de Kelsen respecto a la función judicial en la creación de normas generales que encontramos tanto en la *Teoría pura del Derecho* como en la *Teoría general del Derecho y del Estado*<sup>38</sup>. Así, para la Constitución, a mi juicio erróneamente, el juez es un intérprete y aplicador del Derecho que no crea normas generales, con independencia de las normas generales que interpreta o aplica. Esto se desprende de la segunda proposición del art. 161.1.a), que dice: «La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley interpretada por la jurisprudencia afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias no perderán el valor de cosa juzgada.» La obviedad de esta declaración constitucional sustituye a un texto que, introducido en la Comisión Constitucional del Congreso por quien esto escribe, y con discursos alternativos que mejoraron su contenido, fijaba hasta el último trámite del proceso de producción del texto el control de constitucionalidad de la jurisprudencia, precisamente como consecuencia de la aceptación de la tesis de que los jueces, a través de la jurisprudencia, crean normas generales. El resultado final, aprobado por el Senado y luego sustituido por la segunda proposición que criticamos del artículo 161.1.a), referente a la competencia del Tribunal Constitucional en materia de inconstitucionalidad, incluía el control de «la jurisprudencia en cuanto sea complementaria del ordenamiento jurídico...». Si esta redacción hubiese prosperado, es evidente que nuestro texto constitucional habría dado un paso de gigante en la línea kelseniana de aceptar la creación de normas generales por el juez y, por consiguiente, la necesidad de un control constitucional. Sin embargo, un pudor conservador temeroso de dar un salto doctrinal que ese precepto comporta, sumido a las presiones del estamento judicial, impidieron el avance. Kelsen se vio defraudado y nuestra Constitución se vio privada de uno de sus preceptos más originales y más progresivos.

En definitiva, hemos hablado de normativismo corregido para calificar a la Constitución, puesto que el normativismo originario, propio del positivismo del siglo XIX, analizaba el Derecho sólo desde la norma jurídica, y no desde el conjunto de normas que supone el ordenamiento, y porque se centraba en la ley como forma casi exclusiva del Derecho. La Constitución, en el ambiente de una cultura jurídica que ha superado esos planteamientos del normativismo positivista —legalismo estatalis-

<sup>38</sup> En la *Teoría pura del Derecho* dirá: «Un tribunal, en especial un tribunal de última instancia, puede estar facultado no sólo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales válidas para el caso presente, sino también normas generales» (véase edición citada, pág. 158, y todo el apartado denominado «La producción de normas jurídicas generales por los tribunales. El juez como legislador. La flexibilidad del Derecho y la seguridad jurídica»). Asimismo, en la *Teoría general del Derecho y del Estado* dirá que «la decisión judicial puede también crear una norma general. La resolución del juez puede tener fuerza obligatoria no sólo para el caso sometido a su conocimiento, sino para otros análogos que los tribunales pueden estar obligados a resolver» (pág. 177).

ta— del siglo pasado, al situarse en el ordenamiento jurídico y al hablar en otra ocasión, como signo también de su mayor amplitud de horizontes, de «La Ley y el Derecho» (arts. 103-111) en la fórmula alemana del artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn, comprende también a la costumbre y a los principios generales del Derecho y a la función creadora del juez, aunque en ese tema se haya quedado a medio camino<sup>39</sup>. En relación con los principios generales del Derecho, para reforzar aún más la tesis que aquí señalamos del normativismo corregido a través del ordenamiento jurídico, hay que indicar también que el propio texto constitucional recoge en su artículo 9.3 una serie de principios que se positivizan y que son orientadores de todas las demás normas —ley, costumbre, jurisprudencia y aquellas que derivan de la autonomía de la voluntad de los particulares.

El artículo 9.3 dice: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.»

Con esta integración constitucional de principios generales del Derecho, tan importantes como los que el artículo 9.3 consagra, se cortan por lo sano discusiones doctrinales sobre el carácter positivo o informador previo de aquellos principios y se dota a los intérpretes y aplicadores del Derecho en la función creadora y reestructuradora que les incumbe de elementos distintos de la ley para integrar cuando sea necesario la textura abierta del ordenamiento jurídico<sup>40</sup>.

Para terminar este apartado procede señalar el contenido de la jerarquía normativa tal como se entiende en la Constitución, lo que supone el análisis de ésta desde el punto de vista estructural, es decir, la consideración de cuál es el entramado en grados de las normas de todo el ordenamiento español.

Así, consideradas las normas en sus respectivos escalones, suponen

<sup>39</sup> El profesor Tomás Ramón Fernández dirá al respecto: «La fórmula a la ley y al Derecho subraya, en fin, una idea esencial plenamente recibida ya tras la crisis del positivismo que siguió a la Segunda Guerra Mundial, idea según la cual las normas jurídicas, y en especial la norma escrita, no resumen ni agotan el ordenamiento jurídico, que tiene, por el contrario, su expresión primaria y su soporte básico en los principios que traducen el orden immanente de valores que la Constitución pretende consagrar, así como los criterios estructurales y funcionales que constituyen el armazón esencial de las diferentes instituciones.» (En su trabajo «La organización territorial del Estado y la Administración pública en la nueva Constitución», en la obra colectiva *Lecturas sobre la Constitución española*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978, t. I, página 359.)

Aunque el movimiento a que se refiere el profesor Fernández no arranca precisamente de después de la Segunda Guerra Mundial, sino de mucho antes; se inicia con o a finales del siglo XIX.

<sup>40</sup> Sobre este tema véase, entre otros, Genaro Carrió, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.

un entramado de poderes y de obligaciones o, desde otra perspectiva, de poderes que generan normas y de normas que a su vez crean más poderes. Y esta elaboración de la teoría del ordenamiento jurídico en nuestra Constitución es fundamental y tiene un gran sentido práctico y político, en cuanto delimita las esferas de competencia material y formal y también el ámbito territorial de vigencia en los supuestos de distribución territorial de facultades entre los poderes del Estado y los de las Comunidades Autónomas.

La cúspide del ordenamiento jurídico la ocupa la Constitución, que es ley fundamental, norma de normas, y que establece los principios generales del ordenamiento jurídico (sobre todo en el título preliminar), los derechos y las libertades (título primero), la organización de los poderes (títulos II a VI), los principios de la organización económica y de la Hacienda (título VII), la organización territorial del Estado y el desarrollo del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 (título VIII), el Tribunal Constitucional como garantía de la Constitución (título IX) y la reforma constitucional (título X), además de una serie de disposiciones adicionales (cuatro), transitorias (nueve), derogatoria y final.

En ellas se encuentran, junto a normas de conducta o de primer grado, con mandatos, prohibiciones o permisos dirigidos a los ciudadanos o a las autoridades y funcionarios<sup>41</sup>, normas de segundo grado o de organización. Estas últimas son normas que ordenan mandar (por ejemplo, artículo 13.4, que ordena la redacción de una ley para organizar el derecho de asilo de los ciudadanos de otros países y de los apátridas), normas que prohíben mandar (artículo 15, en cuanto abolicionismo de la pena de muerte, o el artículo 25.1, en cuanto prohíbe normas que sancionen conductas que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa), normas que permiten mandar (artículo 11.3, en cuanto permite establecer tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España). Se pueden encontrar en estas normas de segundo grado hasta nueve combinaciones, combinando el mandato, la prohibición o el permiso como tipos de normas de conducta<sup>42</sup>.

Por fin, parece también procedente dejar constancia de la existencia en la Constitución de normas-programa sin contenido jurídico inmediato, sino como marco para la acción política de los poderes públicos. Este es, sobre todo, el supuesto del capítulo III del título I, «De los principios

<sup>41</sup> El artículo 9, párrafo primero, establece la obligación de obediencia al Derecho, y en primer lugar a la Constitución, para gobernantes y para gobernados con un contenido del siguiente tenor: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.»

<sup>42</sup> Así, junto a las ya citadas, se pueden encontrar normas que permiten prohibir o permitir, normas que prohíben prohibir o permitir y normas que mandan prohibir o que mandan permitir.

rectores de la política social y económica». El artículo 53.3 aclara, lo cual es positivo por razones de seguridad jurídica, cuál es el verdadero alcance de estos preceptos, al decir: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

El rango inmediatamente inferior lo ocupan las leyes orgánicas, que se distinguen de las leyes ordinarias por razones materiales y formales y que tienen por ambos criterios un rango superior a éstas, de tal forma que sería anticonstitucional tanto que una ley ordinaria regulase materias reservadas a la ley orgánica, como que una ley ordinaria derogase total o parcialmente a una ley orgánica<sup>43</sup>.

El ámbito material de las leyes orgánicas se establece en el art. 81.1 y comprende «... las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución», que son las siguientes: ley orgánica de las Fuerzas Armadas (art. 8.2); ley orgánica del Defensor del Pueblo (art. 54); ley orgánica de Suspensión de Derechos para Personas Determinadas en relación con bandas armadas o elementos terroristas (art. 55.2); la ley orgánica reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular (art. 87.3); la ley orgánica del Referéndum (art. 92); la ley orgánica de Autorización para delegar el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (artículo 93); la ley orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 104); la ley orgánica del Consejo de Estado (art. 107); la ley orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y de sitio (art. 166); la ley orgánica del Poder Judicial (art. 122); la ley orgánica del Tribunal de Cuentas (art. 136); la ley orgánica para la alteración de límites provinciales (art. 141.1); la ley orgánica para la autorización de constitución de Comunidades Autónomas o para sustituir la iniciativa de las Corporaciones Locales a que se refiere el art. 143.2 (art. 144); la ley orgánica para la coordinación y demás facultades referentes a las Policías Locales (artículo 148.1.22); la ley orgánica de creación de Policías por las Comunidades Autónomas (art. 149.1.29)<sup>44</sup>; la ley orgánica para la ampliación del marco autonómico (art. 151.1); la ley orgánica del Tribunal Constitucional (art. 165).

Los requisitos formales de las leyes orgánicas se establece en el artículo 81.2 y suponen su aprobación por mayoría absoluta por el Congreso de los Diputados, en una votación final sobre el conjunto del proyecto. En el Senado el procedimiento es idéntico para las leyes ordinarias u orgánicas (art. 90). La modificación o derogación de las leyes orgánicas

<sup>43</sup> Véase artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

<sup>44</sup> Esta ley orgánica puede unificarse con la anterior y constituir una sola.

exigirá asimismo mayoría absoluta del Congreso (art. 81.2). En este nivel de las leyes orgánicas los Estatutos de Autonomía tienen la consideración de norma básica del ordenamiento de cada Comunidad Autónoma y forman parte del ordenamiento jurídico general o estatal con ese rango (art. 147.1). Su ámbito de vigencia territorial será el de la Comunidad Autónoma, pero su rango en el ordenamiento jurídico general impide que sea modificado por normas estatales de rango inferior. Los Estatutos de Autonomía prevalecerán sobre las normas estatales en lo que esté atribuido a la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas y, como es lógico el Derecho estatal será en todo caso supletorio (artículo 149.3)<sup>45</sup>.

Debajo de las leyes orgánicas vienen las leyes ordinarias que proceden del poder legislativo y que tienen como límites materiales los temas que constituyen el contenido de las leyes orgánicas y las materias que corresponden en exclusiva a las Comunidades Autónomas y que, de acuerdo con su Estatuto, deban proceder del legislativo de la respectiva comunidad. La denominación que la Constitución da para estas leyes de las Comunidades Autónomas es la de disposiciones normativas con fuerza de ley (art. 153.a).

A partir de las leyes coexistentes, con los criterios ya señalados y contenidos en el artículo 149.3, las normas estatales y las de las Comunidades Autónomas.

El rango inferior a las leyes ordinarias lo ocupan los decretos legislativos, cuya potestad normativa se atribuye al Gobierno (art. 82.1) a través de una delegación concedida por la ley de bases o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo (artículo 82.2). Los límites materiales del decreto legislativo serán: las materias reservadas a leyes orgánicas (art. 82.1); la modificación de la propia ley de bases (art. 83.a), o la facultad para dictar normas con carácter retroactivo (art. 83.b).

Formalmente se agotan las delegaciones por uso que haga de ellas el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente y no

<sup>45</sup> Sobre el tema de las leyes orgánicas además de mis *Comentarios a la Constitución* en colaboración con el profesor Luis Prieto —ya citado— se pueden citar entre otros los trabajos de Juan Alfonso Santamaría Pastor, «Las leyes orgánicas, notas en torno a su naturaleza y procedimiento de aprobación», en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 4, 1979; Tomás Quadra-Salcedo, «La Ley en la Constitución: leyes orgánicas», *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, 24 enero-marzo 1980; Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrosio, *Las leyes orgánicas y el sistema de las fuentes del Derecho*, Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, La Coruña, 1980. Asimismo, véase el trabajo de Alberto Predieri sobre «Las fuentes del Derecho en la Constitución española», en el trabajo colectivo *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980. Por fin, son interesantes los trabajos de Garrido Falla, Méndez Oliván, Carretero Pérez, Díez-Picazo, Gálvez Montes, Martín Oviedo, Mateu de Ros Cerezo, Pastor Ridruejo, Pérez Moreno, Rivero Ysern y Cascajo Castro, Sánchez Agesta, Serna Masía, Sosa Wagner y Villar Palasí, en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, 3 tomos, Dirección General de lo Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales.

podrá entenderse concedida de modo implícito ni por tiempo indeterminado (art. 82.3).

Los Decretos-leyes tienen el carácter de disposiciones legislativas provisionales y deberán, posteriormente a su promulgación, ser sometidas a debate y votación de la totalidad del Congreso de los Diputados en el plazo de treinta días. Su ratificación los sitúa, a mi juicio, al nivel de las leyes ordinarias y su derogación en ese trámite ante el Congreso los hace perder validez (art. 86).

Son límites materiales de los Decretos-leyes el ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos del título I, el régimen de las Comunidades Autónomas y el derecho electoral general.

El rango inferior lo ocuparán las disposiciones reglamentarias del Poder ejecutivo, y de los homólogos de las Comunidades Autónomas, ordenadas a su vez de acuerdo con la potestad y jerarquía de los órganos productores de las mismas y en todo caso sometidas a la Ley y al Derecho (art. 103.1).

El problema central de la teoría del ordenamiento jurídico en nuestra Constitución lo va a constituir la coexistencia del ordenamiento jurídico del Estado y, en su seno, los ordenamientos de las Comunidades Autónomas. Aunque ya se han señalado los criterios de distribución y el carácter supletorio del ordenamiento estatal, los problemas hubieran quedado más claramente resueltos si hubiera aceptado la propuesta socialista de las tres listas <sup>46</sup>.

#### D) *El reflejo de la polémica sobre el concepto de validez*

En torno a la utilización en el capítulo IX del Tribunal Constitucional —artículos 163 y 164 de los términos validez y vigencia, término este último que se repite en el número segundo de la disposición derogatoria—, repercute en la Constitución una polémica importante en la teoría del Derecho que al mismo tiempo es signo de que nuestro texto constitucional no es reflejo de una única concepción científica, sino de toda la cultura jurídica de su tiempo. Da la impresión de que en este tema no se quiere tomar partido por una determinada posición doctrinal, y de que se prefiere una indecisión al respecto, llevados los constituyentes de la preocupación de hacer lo más comprensible posible el sentido del texto y el alcance normativo del mismo. Por mi parte no estoy seguro de que la utilización, con el mismo sentido de los términos «validez» y «vigencia» es el mejor camino para alcanzar esa meta. Por esa razón en todas las oportunidades que he tenido intenté, como mera corrección gramatical sustituir el término «vigencia» por el de «validez» unificando así la terminología en los artículos 163 y 164.

<sup>46</sup> Las tres listas suponían la regulación de las competencias exclusivas del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las compartidas con distintos niveles.

El artículo 163 dice: «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.»

Por su parte el artículo 164 que se refiere a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional dice en su número 2: «Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la *vigencia* de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.» No me parece dudoso que en ambos supuestos los términos «validez» y «vigencia» utilizados en la Constitución lo son en el mismo sentido, sin entrar en la profundidad ni en la sutileza de la polémica que opone a Kelsen y Ross. Los dos conceptos se reducen al concepto kelseniano de validez utilizado después por la teoría normativista con las correcciones que a través del ordenamiento jurídico se producen en la historia del pensamiento jurídico. Aquí validez significa existencia de la norma como tal norma jurídica en el conjunto del ordenamiento. Cuando el artículo 163 habla de «una norma con rango de ley... de cuya validez depende el fallo» quiere decir, norma que forma parte del ordenamiento y que tiene la consideración de jurídica y, por tanto, debe ser obedecida. Y lo mismo hay que decir del término «vigencia de la ley» que subsistirá en la parte no afectada por la inconstitucionalidad del artículo 164.2, donde «vigencia» significa también existencia de la norma como tal norma en el conjunto del ordenamiento jurídico, es decir «validez».

Kelsen dirá que «con el término validez designamos la existencia específica de una norma» y añadirá: «... Si la existencia específica de la norma es designada como su validez, recibe expresión así la modalidad particular en que se representa, a diferencia de la realidad de los hechos normales...»<sup>47</sup>. En la gran obra de su etapa norteamericana Kelsen dirá, como en la *Teoría pura...*: «Por validez entendemos la existencia específica de las normas...», y añade inmediatamente «... Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia —o lo que es lo mismo— a reconocer que tiene 'fuerza obligatoria' frente a aquéllos cuya conducta regulan»<sup>48</sup>. Esta misma noción se repetirá en Bobbio: «Validez jurídica de una norma equivale a existencia de aquella norma en cuanto regla jurídica»<sup>49</sup>. También Lummia discípulo de Bobbio dirá en el mismo sentido que «Una norma es válida si está en vigor de conformidad con las normas de producción propias del sistema normativo del que forma parte. En particular la validez de una norma jurídica... depende de su conformidad con las normas de grado superior que disciplina la producción de las normas jurídicas. La validez de una norma equivale a su

<sup>47</sup> *Teoría pura del Derecho*, cit., págs. 23 y 24.

<sup>48</sup> *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., pág. 35.

<sup>49</sup> *Teoria della Norma Giuridica*, Giappichelli, Turín, 1958, pág. 37.

existencia; es decir, una norma existe como tal sólo en la medida en que es válida...»<sup>50</sup>.

Todas las posiciones coinciden con el sentido que tiene la palabra «validez» en el artículo 163 de la Constitución puesto que se plantea en él si una norma es o no Derecho y por consiguiente fundamento del fallo por ser aplicable al caso controvertido en el proceso, por ser congruente o no con la norma positiva fundamental que es la Constitución. Si la norma es válida, la sentencia se apoyará en ella para su propia validez como norma que es también (además de las apoyaturas en las leyes de procedimiento que atribuyan la competencia al juez para dictar sentencias como normas válidas). Si no lo es, no podrá fundamentar el fallo. Por esa razón para conocer la situación de validez de la norma controvertida en el ordenamiento, en relación con la Constitución, se plantea la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y es correcto en el planteamiento, si no se sigue la, a mi juicio, excesiva posición de Kelsen ya señalada anteriormente de que una norma válida no puede ser inconstitucional.

Por su parte, como ya hemos visto, vigencia se utiliza como sinónimo de validez en el número 2 del artículo 164, que en definitiva establece el mantenimiento de la validez —llamada vigencia— de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad, salvo que en el fallo se disponga otra cosa.

La tesis de la equivalencia entre validez y vigencia la sostiene, por ejemplo, Elías Díaz en la segunda edición de su *Sociología y Filosofía del Derecho* donde titula al apartado 11 del tema IV de la primera parte «vigencia, eficacia y justificación de las normas jurídicas» y en él habla indistintamente de vigencia o validez formal<sup>51</sup>. Lo más significativo, a mi juicio, es que en la primera edición el profesor Elías Díaz utilizaba exclusivamente el término «validez» y no «vigencia» y así titulaba al apartado 11 «Validez, eficacia y justificación de las normas jurídicas»<sup>52</sup>. Por consiguiente, hay una variación desde la utilización exclusiva del término «validez» en la primera edición a una utilización indistinta de ambos términos «validez» a la que se adjetiva con el término «formal» y «vigencia» con una preferencia incluso para la última, que pasa a convertirse en título del apartado en detrimento de la primera. Probablemente al profesor Elías Díaz le preocupa el significado ordinario en castellano de la palabra «validez» del mismo tronco que el término «valor» y la posible confusión con problemas de justificación —de justicia— es decir, del Derecho que debe ser. Quizá por eso toma la precaución de añadir el adjetivo formal para indicar que «validez» se utiliza en el sentido kelseniano y no tiene connotación iusnaturalista alguna. Aun así

<sup>50</sup> *Principios de teoría e ideología del Derecho*, traducción castellana de Alfonso Ruiz Miguel, Editorial Debate, Madrid, 1978, pág. 48. (Original italiano: *Lineamenti di teoria e ideologia dell diritto*, Giuffrè, Milán, 1973).

<sup>51</sup> Véase 2.ª ed., Taurus, Madrid, 1980, págs. 55 y sigs.

<sup>52</sup> Véase 2.ª ed., Taurus, Madrid, 1971, págs. 58 y sigs.



y por la especial relevancia que da la traducción de la posición de Ross al castellano por el término «vigencia», como veremos, pese a todo creo que la utilización sinónima de los términos «validez» y «vigencia» no es adecuada.

Cuando Ross discute el concepto kelseniano de «validez» en su obra *Sobre el Derecho y la Justicia* le contrapone un concepto del Derecho que muy correctamente, a mi juicio los traductores castellanos de Ross, traducen con el término «vigencia», por lo que es indudable que la identificación que Elías Díaz acepta y que nuestra Constitución asume también, es al menos ambigua y, en todo caso puede inducir a confusión.

Así Ross en crítica frontal al concepto kelseniano de validez dirá que «... no puede admitirse una 'validez específica' ni en términos de una idea material *a priori* de justicia ni como categoría formal... y la tarea de la filosofía jurídica debe consistir en la interpretación de la 'vigencia' del Derecho en términos de efectividad social, ésta es de una cierta correspondencia entre el contenido normativo ideal y los fenómenos sociales...»<sup>53</sup>.

Tras el famoso ejemplo de la norma vigente de ajedrez Ross definirá el concepto de vigencia en enfrentamiento con el concepto de validez que Kelsen utiliza: «... Derecho vigente significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del Derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas y lo son porque son vividas (*experienced and felt*) como socialmente obligatorias...»<sup>54</sup>. Y añadirá criticando a Kelsen que éste «ha clausurado, desde el comienzo toda posibilidad de que su teoría se ocupe de la médula del problema de la vigencia del Derecho, que no es otro que el de la selección entre el contenido normativo ideal y la realidad social»<sup>55</sup>. Concluirá su planteamiento diciendo que «el Derecho es vigente porque es aplicado...»<sup>56</sup>.

No es, pues, indiferente utilizar uno u otro término y más vale, a mi juicio, ser prudentes en este campo. El propio Ross, además de reconocer que la utilización en la versión inglesa de la palabra *valid* o *validity* podría inducir a confusión como indica en su artículo ya citado «El concep-

<sup>53</sup> Véase edición castellana *Sobre el Derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1.ª ed. 1963, 2.ª ed. 1970, traducción de Genaro Carrió de la versión inglesa *On law and justice*, Stevens Sons Limited, Londres, 1958 (la cita es de las págs. 66 y 67). Aunque esta versión inglesa producirá confusión como señala el propio Ross en un artículo posterior publicado en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961-IV, páginas 46 y sigs., puesto que identificará en sentido contrario al que aquí criticamos a los términos «validez» y «vigencia» utilizando los términos *valid* o *validity* para designar el originar *danés goelden* de que significa «la existencia (realidad) de una norma o de un conjunto de normas» que Carrió traduce al castellano por vigencia o Derecho vigente. (Véase este artículo de Ross en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, donde dice expresamente que «esta traducción puede engendrar confusiones», pág. 26.)

<sup>54</sup> *Ob. cit.*, pág. 18.

<sup>55</sup> *Ob. cit.*, pág. 79.

<sup>56</sup> *Ob. cit.*, pág. 71.

to de validez y el conflicto entre positivismo jurídico y el Derecho natural», dirá en el prefacio a la edición castellana de *Sobre el Derecho y la Justicia* refiriéndose a la traducción del profesor Carrió: «Mi falta de dominio pleno del idioma español no me permite opinar sobre el mérito de la traducción. A pesar de ello, mi correspondencia con el doctor Carrió referente a varios aspectos lingüísticos conectados con la traducción, me ha confirmado en el convencimiento de que no podía haber hallado a nadie mejor capacitado para cumplir esa delicada tarea, que tanta pericia requiere...»<sup>57</sup>. Sin duda, se estaba refiriendo a este tema que ahora tratamos.

Coincido por mi parte totalmente por la distinción que hace Carrió entre validez y vigencia para reflejar respectivamente en castellano las posiciones de Kelsen y de Ross, lo que además me ratifica en las conveniencias de no haber utilizado indistintamente los dos términos en la Constitución española.

El propio Kelsen acusa a Ross de reducir la validez a eficacia. Dirá que la teoría de Ross «reposa fundamentalmente en la identificación de validez con eficacia...»<sup>58</sup>, a la que Ross llama, en la traducción de Carrió «vigencia». En ese mismo trabajo Kelsen refuta a Ross, e insiste, a mi juicio con razón, en que «la validez de una norma jurídica significa que debe ser acatada y aplicada y no que es acatada y aplicada»<sup>59</sup>. Esta identificación al revés de como lo hace nuestra Constitución y el profesor Elías Díaz, la identificación por reducción de validez a eficacia en los términos de Ross es otra razón más para la crítica de los dos artículos de la Constitución que comentamos. Porque «vigencia» no es lo mismo que validez sino si se quiere una «validez» eficaz o como dice Ross y antes señalábamos «el conjunto abstracto de ideas normativas... efectivamente obedecidas y que lo son porque son vividas como socialmente obligatorias».

Mi propuesta fue siempre a lo largo de la producción normativa de la Constitución española sustituir el término «vigencia» en el artículo 164.2 por «validez» para evitar la confusión y porque en ambos casos —artículos 163 y 164— lo que se incorpora y lo que en definitiva se quiere decir es la idea kelseniana de validez. Ciertamente que plantea los problemas que, sin duda, han llevado a Elías Díaz a la actitud que antes comentábamos, pero la solución identificadora de los dos términos no es solución como hemos visto, lleva a desfigurar a Kelsen con Ross, que está en las antípodas en esta materia con su reduccionismo. Al menos en castellano, con la autoridad de Carrió y con la traducción de la po-

<sup>57</sup> *Ob. cit.*, pág. XII.

<sup>58</sup> Véase Kelsen, *Una teoría «realista» y la teoría pura del Derecho. Observaciones a Alf Ross*, traducción castellana de Eduardo A. Vázquez, revisada por Eugenio Bulguin y Genaro Carrió del original alemán *Eine Realistische und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice*, Österreichische, Zeitschrift öffentlicher, Rech., tomo X, vol. I, Viena, 1959. La edición castellana es del Centro Editor de América Latina, S. A., Buenos Aires, 1969, y la cita es de la pág. 24.

<sup>59</sup> *Ob. cit.*, pág. 42.

sición de Ross por el término «vigencia» no hay más interpretación que la que aquí estamos dando.

En resumen, tanto los términos «validez» como «vigencia» tienen aquí el sentido de «validez» kelseniano que se utiliza también en el artículo 100 de la Constitución de la República Federal Alemana, que se inicia de forma muy parecida al 163. Por consiguiente se trata de existencia de la norma como tal dentro del ordenamiento jurídico creada por el órgano competente por el procedimiento normativo correcto, no derogada y no incompatible con otra norma que prevalezca sobre ella.

Los comentaristas hasta ahora no han reparado en este problema<sup>60</sup>. No creo que tenga consecuencias, pero indudablemente hubiera sido mejor que se hubiese unificado la terminología y se hubiera hablado en ambos de validez. No sólo porque ese es el sentido que tienen los conceptos empleados propiamente en el artículo 163 e impropriamente en el artículo 164, sino porque mantiene su contenido el concepto kelseniano de validez, aunque quizá se deba incorporar a la polémica el papel de poder en la formación del Derecho —como fundamento último de su validez— para corregir en ese sentido a la *Teoría pura...* y para situar el realismo en otro momento distinto a donde lo sitúa Ross: en el proceso de producción normativa y no en el momento de la obediencia al Derecho<sup>61</sup>. En efecto, la aceptación del hecho de que el fundamento de validez última del ordenamiento jurídico es el poder, y no la norma fundamental propuesta de Kelsen, corrige el punto más discutible a mi juicio de su doctrina<sup>62</sup> y también el planteamiento de Ross de que «la relación entre las normas jurídicas y la fuerza consiste en el hecho de que ellas se refieren a la aplicación de éstas y no al hecho de que están respaldadas por la fuerza»<sup>63</sup>.

Este planteamiento además disminuye el valor de la crítica de Ross que niega que la validez en el sentido kelseniano cumpla función en la descripción y explicación de la realidad, y sitúa el pensamiento kelseniano «como una supervivencia de la Filosofía del Derecho natural de tipo cuasi positivista»<sup>64</sup>, puesto que la efectividad del poder es una realidad innegable que se coloca en el origen de la validez, y en cuyo nivel

<sup>60</sup> No hay referencias al mismo ni en Garrido Falla y otros, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980; ni tampoco en Rubio Llorente y Aragón, «Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, Madrid, 1979, págs. 168 y sigs.

<sup>61</sup> Véase, en ese sentido, Bobbio, «Sull principio di legittimità», en *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Milán, 1970, págs. 79 y sigs., y también mi trabajo «Reflexiones sobre Derecho y poder», publicado en el libro homenaje al profesor Prieto Castro y reproducido en *Libertad, poder, socialismo*, cit., págs. 219 a 239.

<sup>62</sup> Bobbio coincidirá con este planteamiento cuando dice que «la validez de la norma última está fundada sobre la efectividad del poder último» en el artículo citado en nota anterior, pág. 89.

<sup>63</sup> Véase *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., pág. 52.

<sup>64</sup> En *El concepto de validez, el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural*, cit., pág. 28.

se sitúan también los problemas de obediencia y aceptación por la participación de los ciudadanos en la formación del poder en las sociedades democráticas, que no es necesario remitir al momento del cumplimiento concreto de las normas.

Aunque es muy difícil integrar la posición de Ross, que parte de presupuestos tan distantes, es indudable que la toma en consideración del hecho real del poder efectivo como fundamento último de la validez de las normas disminuye las distancias. En todo caso la efectividad del poder sí que es determinante para la validez del ordenamiento y de las normas que lo componen, no así la eficacia como pretende Ross, con lo que se puede seguir sosteniendo el concepto kelseniano de validez corregido por el protagonismo del poder en la línea que aquí señalamos.

Y no se olvide tampoco que poder no es solo fuerza, sino también consenso de los ciudadanos en su formación y en su ejercicio y que por consiguiente disminuye la importancia del enfoque de Ross, puesto que la norma válida lleva tras de sí no solo el apoyo de la fuerza para sostenerse y ser obedecida, sino también el acuerdo de los ciudadanos que participan en la formación del poder.

### III. LA CONSTITUCION DESDE LA TEORIA DE LA JUSTICIA

El enfoque del texto constitucional respecto de las relaciones entre Derecho y Poder, que se plasma en el artículo 1.1, y a las que ya me he referido en la primera parte de este artículo, no dificultan, sino, por el contrario, hacen posible el análisis fructífero de los valores o de la idea del Derecho justo que se desprende de la Constitución. La teoría de la legitimidad se plantea asimismo en el artículo 1.1, encuadrada en la relación entre Derecho positivo (Derecho válido) y Poder, y describe los valores superiores que se propugnan para su incorporación al ordenamiento jurídico y que son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Hoy Derecho, en el sentido pleno del término, es sólo el Derecho positivo, y en éste se realizan los ideales jurídicos que forman la justicia como reguladora del Derecho que debe ser. Con este enfoque que se ha incorporado al texto constitucional español se supera el enfoque iusnaturalista que considera a los ideales jurídicos como Derecho y también el enfoque de un positivismo extremo que se cierra a la teoría de la justicia o que, en algunos supuestos radicales, vincula la justicia a la positividad (el Derecho es justo por el hecho de ser Derecho positivo)<sup>65</sup>.

Ya hemos visto el correcto uso de los términos «se constituye» y

<sup>65</sup> Sobre este tema, véase mi trabajo «Sobre la filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudio», en *Libertad, poder, socialismo*, cit., págs. 250 y 251.

«propugna» para entender la forma de incorporación de estos valores «legitimidad crítica» al Derecho positivo —«legitimidad válida»—. Centrándonos ya en el contenido de los cuatro grandes valores señalados en el artículo primero, vamos a analizar, en primer lugar, su pertinencia, y, en segundo lugar, el desarrollo constitucional de su contenido.

Desde la teoría de la Justicia hay reiteración en la enumeración de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Por distintas razones, «pluralismo político» y «justicia» son reiterativos y los conceptos que representan se encuentran ya insertos en las ideas de libertad y de igualdad.

El pluralismo político es un elemento de valor liberal. En su génesis histórica en el mundo moderno la idea de la libertad, como veremos más adelante, se desarrolla a través de los derechos fundamentales y exige el pluralismo político que, por otra parte, se manifiesta también en uno de los derechos concretos, que es el derecho de asociación. Por consiguiente, desde el punto de vista teórico no parece necesaria, sino que es reiterativa, la inclusión del término pluralismo político. Si se ha mantenido, pese a su temporal exclusión por la Comisión Constitucional del Senado, es por razones políticas, ya que abundar en ese tema después de cuarenta años de régimen autoritario parece puesto en razón desde ese punto de vista.

La justicia es también un término innecesario y reiterativo con los términos libertad e igualdad y constituyen hoy el contenido material de la idea de justicia en tanto en cuanto representan los supremos valores del mundo moderno incorporados respectivamente por el liberalismo y el socialismo democrático.

El Derecho justo o la idea de justicia han experimentado a lo largo de la historia múltiples caminos para buscar una objetividad a sus contenidos, primero a través de la autoridad del autor del «Derecho natural» —Dios— y luego, tras la ruptura de la unidad religiosa, a través de su descubrimiento por la razón, en la naturaleza humana —iusnaturalismo racionalista—. La remisión a fórmulas como la de origen romano que identifica la justicia con el dar a cada uno lo suyo, o el imperativo categórico kantiano, tampoco solucionaron el tema. Kelsen será tajante en su crítica: «... Sin embargo, ninguna de las numerosas teorías sobre el Derecho natural ha logrado definir con éxito el contenido de ese orden justo en una forma que siquiera se aproxime a la exactitud y objetividad con la cual la ciencia natural puede determinar el contenido de sus leyes, o la jurídica el contenido de un ordenamiento positivo. Lo que ha sido presentado como derecho natural, o lo que equivale a lo mismo, como justicia, consiste en su mayor parte en fórmulas vacías como *suum cuique*, a cada quien lo suyo, o tautologías desprovistas de significado, como el imperativo categórico, esto es, la doctrina kantiana de que uno debe hallarse determinado solamente por principios que puede querer que sean obligatorios para todos los hombres. Pero la fórmula 'a cada quien lo suyo' no contesta la pregunta sobre qué es lo suyo de cada quién y el

imperativo categórico no dice cuáles son los principios que uno debiera querer se transformasen en obligatorios para todos...»<sup>66</sup>.

Para la filosofía jurídica actual ante las críticas a los planteamientos clásicos de las que la posición de Kelsen es muy significativa, el contenido material de la justicia es precisamente el desarrollo de los valores libertad e igualdad, como valores del mundo moderno con un fundamento histórico suficiente que «excluye la duda o el desacuerdo en la actualidad, pero no garantiza, de una vez para siempre, la eliminación de todas las incertidumbres y de todas las futuras controversias...»<sup>67</sup>.

Las ideas de libertad y de igualdad eran suficientes para señalar los valores superiores a incorporar al ordenamiento jurídico como voluntad del poder político representado por el Estado social y democrático de Derecho. Su desarrollo se encuentra en los derechos y en las libertades reconocidas en la Constitución<sup>68</sup>.

La reiteración en el supuesto del pluralismo político tiene la explicación política que ya hemos señalado; en cuanto a la referencia a la justicia, sí puede conducir a error en tanto en cuanto se pudiera considerar que describía unos contenidos distintos a los de la libertad y de la igualdad. Únicamente cabría encontrar algún sentido a la mención pensando a largo plazo en la ampliación del contenido material de la justicia a otros valores como el de la solidaridad mencionado en otros artículos de la Constitución, como el segundo.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, los valores libertad e igualdad se desarrollan en el título primero referente a los derechos fundamentales, que son Derecho positivo, con lo que se plasma en el texto constitucional la concepción dualista de los derechos fundamentales que distingue entre valores y Derecho positivo de los derechos fundamentales y que formulé en mi obra *Derechos fundamentales*, con amplitud de justificación<sup>69</sup>. Desde esa perspectiva se pueden definir los derechos fundamentales como «facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción...»<sup>70</sup>.

La Constitución, en desarrollo de los valores de libertad e igualdad organiza los derechos y deberes fundamentales en el título primero y en otras partes de la Constitución.

<sup>66</sup> *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., pág. 11.

<sup>67</sup> Perelmann, en su trabajo «Peut-on fonder les droits de L'homme», en la obra colectiva *Le fondement des droits de l'homme*, La Nuova Italia, Florencia, 1966.

<sup>68</sup> Para mayor desarrollo de este tema, véase mi obra *Derechos fundamentales*, 3.ª ed., Ed. Latina, Madrid, 1980, sobre todo, el tema primero sobre el concepto de derechos fundamentales.

<sup>69</sup> Véase obra citada en nota anterior.

<sup>70</sup> *Ob. cit.*, pág. 66.

Con los derechos de libertad se señala, por una parte, un ámbito de autonomía, donde la persona se puede desarrollar sin interferencias del Estado y en general de los poderes públicos, de los grupos de presión o de los demás individuos, y, por otra parte, un ámbito de participación en la vida política y social que supere el dualismo representantes-representados y fortalezca la acción directa de los ciudadanos en los organismos públicos y sociales.

Con los derechos de igualdad se tiende a hacer posible y real la igualdad esencial de todos los seres humanos, corrigiendo los desequilibrios en las relaciones sociales y poniendo a disposición de los ciudadanos —que ejercen un verdadero derecho de crédito frente al Estado y, en general, frente a los poderes públicos— prestaciones sociales y culturales.

Entre los derechos de libertad podemos encontrar el derecho a la vida, inicial y radical derecho base de la libertad (art. 15); la libertad religiosa, ideológica y de cultos (art. 16); el derecho a la libertad personal y a la seguridad (art. 17); el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18); la libertad de residencia y de circulación (art. 19); la libertad de expresión y de información junto con garantías institucionales que hacen posible esos derechos (art. 20); la libertad de cátedra (art. 20.1.c); el derecho de reunión (art. 21); el derecho de asociación (art. 22); el derecho a la participación política (art. 23); el derecho a la jurisdicción y a las garantías procesales (arts. 24 y 25); la libertad de enseñanza (art. 27); el derecho de petición (art. 29), y la objeción de conciencia (art. 30.2).

Entre los derechos de igualdad se pueden señalar el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación (art. 14), el derecho a la educación (art. 27), el derecho a la libre sindicación (art. 28.1), el derecho de huelga (art. 28.2) y el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio y a una remuneración suficiente (art. 35.1).

También se marcan en el capítulo III los principios rectores de la política social y económica —normas-programa—, es decir, valores que se consideran esenciales y respecto de los cuales se establece un mandato para que los poderes públicos los desarrollen legalmente y se puedan convertir también en el progreso dialéctico de la incorporación al ordenamiento jurídico de mayores parcelas de los valores superiores de la libertad, y sobre todo de la igualdad, en derechos para todos los ciudadanos. No son aún derechos subjetivos, pero sí suponen una especificación y concreción de los valores señalados en el artículo 1, y, en ese sentido, suponen normas de organización o de segundo grado y, en todo caso, un paso adelante respecto de la pura enunciación genérica de los valores.

Entre estos principios se pueden encontrar los referentes a la protección de la familia (art. 39), a la justa distribución de la renta y a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40), a la seguridad social (art. 41), a los emigrantes (art. 42), a la protección de la salud (art. 43), al acceso a la cultura (art. 44), al medio ambiente (art. 45), al patrimonio artístico (art. 46), a la vivienda (art. 47), a la participación de la juventud

(art. 48), a los minusválidos (art. 49), a la tercera edad (art. 50) y a los consumidores y usuarios (art. 51).

Lo que diferencia a los derechos de libertad y de igualdad respecto de estos principios es que los primeros tienen una protección eficaz, bien a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariaidad ante los tribunales ordinarios o a través del recurso de amparo (si se trata de los derechos reconocidos en el artículo 14 y en la sección 1.ª del capítulo II), bien a través del recurso de inconstitucionalidad para los derechos del capítulo II, sección 2.ª (art. 53.1 y 2), y del recurso de amparo también para la objeción de conciencia (art. 53.2).

El respeto a los principios reconocidos en el capítulo III, según el artículo 53.3, «... informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos...». Sin embargo, no podrán ser alegados ante los tribunales si no es de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Aunque el texto constitucional ha dado en este campo pasos importantes, aún se encuentran en inferioridad de protección los derechos económicos, sociales y culturales que son sólo principios rectores o que no se encuentran en la sección 1.ª del capítulo II del título I. También aquí se pone de relieve el carácter mixto del concepto del Derecho que se desprende de la Constitución, con influencia liberal y socialista, porque todavía la función garantizadora, propia de los derechos de libertad, prima sobre la función promocional, propia de los derechos de igualdad, en la terminología del profesor Bobbio. De todas formas, en relación con otras situaciones anteriores, hay un progreso evidente que se abre incluso de cara al futuro a los principios reconocidos en el capítulo III. Queda muy claro, frente a la resistencia liberal anterior<sup>71</sup>, que los derechos de igualdad pueden ser derechos subjetivos y que los ciudadanos pueden ser titulares de los mismos, y que una profundización de la democracia se puede hacer desde los derechos de igualdad, es decir, en libertad y democracia, y no desde el Estado con tentación totalitaria de cariz leninista.

El despliegue de los valores de libertad e igualdad puede dar mucho juego para el progreso y para la liberación histórica de todos los hombres en nuestro texto constitucional. Porque, frente a lo que piensa ese viejo liberalismo a la defensiva, la igualdad no restringe la libertad sino en aquellos casos de libertades de clase de contenido no igualitario, como el derecho de propiedad. Por el contrario, los derechos de libertad en su gran mayoría son no sólo compatibles, sino potenciados con la igualdad.

<sup>71</sup> Doctrinalmente se afirmaba que la igualdad no era susceptible de asumir categorías jurídicas de derechos fundamentales, naturalmente que dentro del condicionamiento histórico del pensamiento jurídico liberal. Véase sobre este tema, por ejemplo, Jean Rivero, que dice: «... La libertad crea necesariamente desigualdades: una sociedad que se pretende igualitaria no puede sino restringir el uso de las libertades» (*Cours de Libertés Publiques. Les Cours de Droit*, París, 1971, pág. 174). En la misma línea, Jacques Robert, *Libertés Publiques*, Ed. Montchrétien, París, 1971, páginas 18-19.



## IV. A MODO DE EPILOGO: SOBRE DERECHO, FUERZA Y CONSENSO

La Constitución, como todo el ordenamiento jurídico, basa su validez última en el apoyo del poder. Ha sido necesario históricamente desentrañar la falacia idealista de que el fundamento de la validez era la justicia de la norma para poder construir una teoría de los valores jurídicos realista que no fuera un castillo en el aire y, por consiguiente, para trabajar por un Derecho justo. Esto ha quedado claro en este trabajo, y por eso conviene, para terminar, insistir en que el sostén último de la Constitución de 1978 es un poder democrático y una sociedad democrática. No sólo es necesario sostener con ese poder y esa fuerza del Estado y de la sociedad la validez de la Constitución, sino que es necesario impulsar también su desarrollo con la voluntad firme de utilizar todas las posibilidades del desenvolvimiento de las normas constitucionales y de la legislación orgánica u ordinaria que la completa. A su vez, la Constitución va a ayudar también al fortalecimiento del poder democrático y de la sociedad democrática. A la luz de estas ideas se ve la clara conexión entre política y Derecho y, por consiguiente, la necesidad que tiene la filosofía del Derecho de filosofía política para su comprensión de la realidad, que es jurídica y política al tiempo.

La afirmación del fundamento último de la validez (no de la justicia) de un ordenamiento jurídico y de una Constitución alcanza así su sentido en la sociedad del siglo xx, y se explica también el sentido del consenso, tan vulgarmente utilizado en el proceso constituyente de 1978. El consenso es el acuerdo de las fuerzas políticas mayoritarias en la sociedad y, por consiguiente, en el poder del Estado para apoyar la validez de la Constitución<sup>72</sup>. Es algo necesario en una sociedad democrática y es lo que va a permitir el apoyo del poder a la validez de la Constitución. Es lo que garantiza su larga duración como norma básica de la paz, de la convivencia, de la libertad y de la igualdad entre los españoles.

<sup>72</sup> Sobre el tema del consenso, véase «Le Consensus», en *Pouvoirs Revue d'Études Constitutionnelles et Politiques*, 1978-5, con trabajos de Bredin, Ourricaud, Braud, Bucí-Glucksmann, Burdeau, Champagne, Decraene, Delors, Duverger, Rivero, Vincent, etc.